

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le marketing viral et le traitement de données : note sous Liège (7e ch.), 19 novembre 2009

Congo, Ibrahim

Published in:
Le droit des affaires

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Congo, I 2010, 'Le marketing viral et le traitement de données : note sous Liège (7e ch.), 19 novembre 2009', *Le droit des affaires*, Numéro 4, p. 458-462.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Note

Le marketing viral et le traitement des données

L'internet constitue un environnement idéal pour les annonceurs et promoteurs de produits et services à la recherche de moyens innovants pour attirer, séduire et vendre. Il permet une collecte rapide de données, ainsi que la diffusion en masse et à faible coût de messages personnalisés. Toutes les techniques y sont utilisées, les *pop-ups*, le référencement par outils de recherche, les *splog*, *spim* et *spit*⁽¹⁾, mais aussi et surtout le marketing viral, particulièrement prisé par les annonceurs.

Subtiles et interactives, les techniques actuelles de marketing sur l'internet instrumentalisent l'internaute en agent de diffusion des courriers électroniques publicitaires, sans que ce dernier ne mesure les conséquences de ses actes. Pour certains types de marketing viral, préalablement à cette étape de diffusion, l'annonceur procède à des opérations de collecte et de traitement de données à caractère personnel, qui vont lui permettre de mener une campagne publicitaire efficiente.

I. Le marketing viral

D'emblée, il convient de noter que conformément à l'article 2, 7°, de la loi sur les services de la société de l'information⁽²⁾ (ci-après L.S.S.I.), la publicité est définie comme «toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne

ayant une activité commerciale ou artisanale ou exerçant une activité réglementée». La loi sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur⁽³⁾ (ci-après L.P.C.C.), qui définit aussi la publicité, ajoute «quel que soit le lieu ou les moyens de communication mis en œuvre»⁽⁴⁾.

Ainsi, la publicité sur l'internet est soumise, d'une part, à la L.S.S.I., d'autre part, à l'ensemble des règles de la L.P.C.C. applicables à toutes les formes de publicité, quel que soit le moyen utilisé⁽⁵⁾. En outre, la publicité sur l'internet peut être régie par des réglementations particulières⁽⁶⁾.

Le marketing viral est une forme de publicité à la diffusion de laquelle le consommateur contribue. Il consiste à exploiter le principe du bouche à oreille dans l'univers électronique (éventuellement combiné à l'environnement traditionnel), en diffusant un message qui donne, à celui qui le reçoit, l'envie de le colporter.

Généralement, le marketing viral commence par la diffusion d'un message humoristique ou ludique, sans caractère publicitaire apparent, qui attise chez l'internaute le désir de le transférer à des connaissances, qui elles aussi en font autant. Parfois, l'internaute est incité à diffuser le message par la promesse d'une prime ou d'une récompense.

Le marketing viral présente les avantages d'une large diffusion à très faible coût et d'une connotation positive liée à son envoi par une connaissance.

Cependant, cette technique publicitaire, qui implique un traitement de données à caractère personnel, pose diverses questions au

(1) *Splog*, néologisme issu de *spam* et *blog*; *spim* : acronyme de *Spam over Instant Messaging* et *spit*, *Spam over Internet Telephony*. Pour plus de détails sur ces nouvelles méthodes de publicité sur l'internet, voy. E. MONTÉRO, «La publicité sur l'internet : principes juridiques et applications», in *Les pratiques du commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 30/2007, pp. 44-48.

(2) Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

(3) Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991. Cette loi vient d'être abrogée par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, entrée en vigueur le 6 mai 2010, *M.B.*, 12 avril 2010 (ci-après loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur).

(4) Voy. article 22 de la L.P.C.C.

(5) Articles 23 et suivants de la L.P.C.C. devenus articles 83 et suivants de la loi relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

(6) Notamment la réglementation de la publicité relative au tabac, à l'alcool, aux produits financiers.

regard de la loi relative à la vie privée du 8 décembre 1992 (ci-après L.V.P.)⁽⁷⁾.

L'arrêt commenté en est une illustration.

II. Les faits

La s.p.r.l. Dialo (ci-après «Dialo»), éditrice du site de rencontres www.toietmoi.be, reproche à Benjamin B., détenteur d'un site concurrent, www.nicepeople.be (ci-après «Nice People»), d'utiliser un système d'invitation qui viole la L.V.P. et les articles 13 et 14 de la L.S.S.I. Dialo soutient en outre que, selon l'article 94/3 de la L.P.C.C.⁽⁸⁾, les pratiques de Benjamin B. sont contraires aux usages honnêtes en matière commerciale.

Le système d'invitation mis en cause peut fonctionner de deux manières. Premièrement, lors de son inscription sur Nice People, il est proposé au nouveau membre d'inviter des connaissances à le rejoindre sur le site, en contrepartie de points de popularité (1 ami inscrit = 10 points). Pour cela, le site met à la disposition du nouveau membre une page web où il doit entrer son adresse de messagerie électronique et son mot de passe et sélectionner les amis, figurant dans son carnet d'adresses, qu'il souhaite inviter. Ces personnes sélectionnées recevront de Nice People un courrier électronique les invitant à s'inscrire sur le site.

Deuxièmement, après son inscription, le membre peut encore inviter ses connaissances, à travers une rubrique «faites du bruit». Dans ce cas, il complète sur une page web du site un formulaire, en donnant les adresses électroniques des personnes qu'il souhaiterait voir rejoindre le site de Nice People. Comme dans la première hypothèse, Nice People enverra aux adresses qui lui sont fournies par le membre des mails d'invitation à s'inscrire.

Le président du tribunal de commerce de Huy⁽⁹⁾ a estimé que cette technique de marketing viral viole la L.V.P., la L.S.S.I., et

constitue une pratique déloyale contraire à l'article 94/3 de la L.P.C.C. Il a donc ordonné la cessation de cette pratique sous peine d'astreinte.

Benjamin B. interjette appel de cette décision.

III. Les points de droits soulevés

Venons-en à commenter l'arrêt d'appel, en focalisant l'attention sur les aspects relatifs à la vie privée et au marketing viral.

A. *Le traitement de données et la qualité de responsable du traitement*

L'article 1^{er}, §2, de la L.V.P., dispose que le traitement est «toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel». Sont cités entre autres la consultation, l'extraction, l'enregistrement et l'utilisation de données. Chacune de ces opérations constitue à elle seule, un traitement de données. Le système de marketing viral de Nice People effectue plusieurs opérations de traitement de données.

D'un point de vue pratique, en invitant les membres de son site à lui communiquer les adresses électroniques de leurs connaissances, Nice People fait de la collecte de données à caractère personnel. L'acte d'envoyer des courriers électroniques, au nom du nouvel inscrit, pour attirer d'autres membres, est une utilisation des données collectées qui constitue aussi une opération de traitement de données.

Pour écarter la qualité de «responsable du traitement», Nice People expose que celle-ci doit être attribuée au membre qui décide d'inviter ses connaissances à rejoindre le site. Le membre réaliserait alors un traitement de données à caractère personnel «pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques», conformément à l'article 3, §2, de la L.V.P. Dès lors, Nice People se défi-

⁽⁷⁾ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

⁽⁸⁾ Devenu article 95 de la loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur.

⁽⁹⁾ Comm. Huy, 24 juin 2008, disponible sur : <http://www.foruminternet.org>. Décision commentée par E. MONTÉRO, «Droit du commerce électronique», in «Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)», *R.D.T.I.*, n° 35, pp. 15-16.

nit comme un intermédiaire technique qui envoie juste les messages.

Pour rappel, aux termes de l'article 1^{er}, §4, de la L.V.P., le responsable du traitement est «la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel». De cette définition, il ressort que le responsable du traitement est l'entité qui détermine tant les finalités que les moyens du traitement.

In casu, Nice People est très clairement celui qui a déterminé les finalités publicitaires des adresses électroniques collectées et leur utilisation. C'est également Nice People qui, à travers les fonctionnalités de son site, offre aux internautes inscrits les moyens technologiques de communiquer les adresses électroniques de leurs connaissances. Son site internet constitue un moyen de traitement, permettant la réalisation des opérations que sont la collecte des adresses électroniques, leur enregistrement et leur utilisation pour l'envoi de courriers électroniques publicitaires.

Dans de nombreux cas, des personnes physiques et morales traitent ou utilisent des données qu'elles n'ont pas obtenues directement des personnes concernées. Ne les ayant pas collectées, extraites ou enregistrées, ces personnes estiment souvent à tort qu'elles ne sont pas responsables du traitement. Pourtant, elles ont fourni les moyens (techniques ou financiers) et déterminé les finalités du traitement de ces données.

C'est donc avec raison que la cour qualifie l'appelant de responsable du traitement sur pied de l'article 1^{er}, §4, de la L.V.P.

B. Le traitement de données et la balance des intérêts

Afin de légitimer sa technique publicitaire, Nice People invoque le bénéfice de l'article 5, f), qui autorise le traitement de données «lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de

l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que prévalent l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée qui peut prétendre à une protection de la loi». La Cour conformément à l'article 2 de la L.V.P. qui dispose que «lors du traitement de données à caractère personnel la concernant, toute personne physique a droit à la protection de ses libertés et droits fondamentaux, notamment à la protection de sa vie privée», soutient qu'en l'espèce, les intérêts des internautes dont les adresses électroniques sont collectées et utilisées prévalent sur ceux de Nice People.

Dans cet exercice de mise en balance des intérêts en présence, qui se fait au cas par cas, l'opération de traitement de données doit être un moyen «nécessaire»⁽¹⁰⁾ à la réalisation de l'intérêt légitime du responsable du traitement. Pour la Commission de la protection de la vie privée (ci-après C.P.V.P.), en plus d'être nécessaire, l'opération de traitement doit constituer un «moyen adéquat»⁽¹¹⁾. En l'espèce, la technique de marketing viral de Nice People n'est pas nécessaire à son activité, vu que certains éditeurs de sites de rencontres procèdent autrement.

Il semble que toutes les fois où le responsable du traitement aura d'autres moyens, moins attentatoires à la vie privée, pour arriver à ses fins, les intérêts, droits et libertés fondamentaux de la personne concernée doivent toujours prévaloir. En outre, conformément à l'article 5, f), il nous paraît évident que les intérêts et finalités, aussi légitimes soient-ils, d'une campagne publicitaire, ne sauraient primer sur le droit fondamental à la protection de la vie privée⁽¹²⁾ (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme). Signalons que pour la C.P.V.P., il y a toujours rupture de l'équilibre des intérêts en matière de marketing viral, si bien que l'article 5, f), ne saurait être invoqué⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Article 5, f), de la L.V.P.

⁽¹¹⁾ Avis n° 34/2000 du 22 novembre 2000 de la Commission de la protection de la vie privée, p. 6.

⁽¹²⁾ Pour des commentaires sur la jurisprudence relative à la licéité des traitements de données, voy. J.-P. MOÏNY et J.-M. VAN GYSEGHEM, «Libertés», in «Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008)», *R.D.T.I.*, n° 35, pp. 87-90. Voy. également Gand, 28 mars 2002, *T. Straffr.*, 2002, pp. 326-334.

⁽¹³⁾ Avis de la Commission de la protection de la vie privée du 28 mai 2008, pp. 11-12.

La Cour se range manifestement à cet avis, estimant que les droits et libertés fondamentaux de Nice People priment sur les intérêts publicitaires de Nice People.

Sans nécessairement conclure à une primauté absolue en toutes circonstances des droits et libertés des personnes concernées, nous constatons qu'il sera difficile que l'article 5, f), de la L.V.P. puisse servir de base à un traitement de données à caractère personnel à des fins de marketing direct. L'état actuel de la législation s'apparente à une interdiction tacite de recourir à l'article 5, f), pour des fins de marketing direct d'une manière générale. À ce propos, il nous paraît opportun, comme le suggère la C.P.V.P.⁽¹⁴⁾, que le législateur énumère des conditions⁽¹⁵⁾ qui doivent être respectées pour un recours correct à l'article 5, f), de la L.V.P.

C. Le marketing viral et le consentement préalable

Quant à l'obligation de requérir le consentement préalable, prescrite à l'article 14, § 1^{er}, de la L.S.S.I.⁽¹⁶⁾, Nice People soutient que son système est «un outil que le membre décide ou non d'utiliser dans le cadre de sa relation privée, directe et personnelle avec la personne qu'il invite». Tel n'est pourtant pas le cas au vu de la technique incriminée.

Notons qu'une autre méthode de marketing viral consiste à inciter l'internaute à transmettre à ses contacts un message reçu ou une page visitée⁽¹⁷⁾. Il n'y a pas de manipulation directe des adresses électroniques de la part de l'annonceur ou du prestataire. L'internaute reste maître et responsable de l'exploitation de son carnet d'adresses, il transfère le courrier électronique reçu à ses propres

contacts. En pareilles circonstances, l'internaute n'est pas tenu au respect du principe du consentement préalable si, dans le transfert du message, il n'a pas lui-même d'intention publicitaire, mais agit de manière occasionnelle, car il est séduit par l'aspect humoristique, énigmatique ou intrigant du courrier électronique. Ce système de marketing diffère de celui de Nice People.

Étant donné que Nice People collecte et envoie lui-même les courriers électroniques, il doit recueillir le consentement préalable des destinataires. Il ne peut utiliser les adresses qui lui sont transmises par ses membres pour l'envoi de courriers électroniques publicitaires qu'après avoir obtenu le consentement libre, spécifique et informé de leurs titulaires, conformément à l'article 14, § 1^{er}, de la L.S.S.I. Le fait de collecter des adresses à l'insu des titulaires et d'envoyer des courriers électroniques publicitaires rendent illégale la pratique de marketing de Nice People⁽¹⁸⁾.

Sur la base d'une interprétation littérale de l'article 14, la Cour, contrairement au premier juge⁽¹⁹⁾, n'exclut pas la possibilité de recueillir le consentement, préalable par courrier électronique. Tout en la jugeant assez réaliste dans la pratique, la cour admet cette possibilité à condition que l'adresse soit collectée conformément à la L.V.P., que le message soit dépourvu de tout caractère publicitaire et ait uniquement pour objet de requérir le consentement ou non du destinataire, et surtout ne comporte pas une mention présumant le consentement de l'internaute du fait de l'absence de réponse de sa part dans un délai déterminé⁽²⁰⁾.

⁽¹⁴⁾ Voy. avis de la Commission de la protection de la vie privée du 28 mai 2008, pp. 11.

⁽¹⁵⁾ L'article 5 *in fine* dispose que «Le Roi peut, par arrêté délibéré en conseil des ministres, après avis de la Commission de la protection de la vie privée, préciser les cas où la condition mentionnée sous f est considérée ne pas être remplie».

⁽¹⁶⁾ Article 14, § 1^{er}, de la L.S.S.I. «L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages».

⁽¹⁷⁾ Comm. Bruxelles, 26 septembre 2007, disponible sur <http://www.emakina.com/files/rent-a-wife-the-final-decision-fr.pdf>.

⁽¹⁸⁾ En l'espèce, Nice People ne remplit pas les conditions pour bénéficier des exceptions au principe de l'*opt-in* prévues à l'article 1^{er} de l'arrêté du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicité par courrier électronique, *M.B.*, 28 mai 2003.

⁽¹⁹⁾ Comm. Huy, 24 juin 2008, *op. cit.*

⁽²⁰⁾ S.P.F. Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, «La légalité du marketing viral», janvier 2006, p. 8 (disponible sur : http://mineco.fgov.be/information_society/spamming/home_fr.htm), voy. également E. MONTÉRO, «La publicité sur l'internet : principes juridiques et applications», *op. cit.*, pp. 43-44.

Nice People n'aurait, toutefois, pas pu se prévaloir de cette possibilité que lui offre l'interprétation de la L.S.S.I. Rappelons qu'en l'espèce, d'une part, la collecte des adresses électroniques n'est pas conforme à la L.V.P. puisqu'elle a été faite à l'insu de leurs titulaires, d'autre part, les courriers électroniques envoyés sont promotionnels, car invitant le destinataire «à découvrir www.nice-people.be», «communauté virtuelle en pleine explosion», «qui ne demande qu'à le séduire». Remarquons, à ce propos, que du fait de la définition assez large de la notion de publicité, par la L.S.S.I. et la L.P.C.C., il est difficile qu'un tel message invitant les internautes à s'inscrire sur le site de Nice People puisse être considéré comme dépourvu de caractère publicitaire.

Conclusion

L'ère des campagnes publicitaires avec des affichages de pages web statiques a laissé place à des techniques publicitaires plus ingénieuses les unes que les autres, dans lesquelles la cible, l'internaute, joue un rôle actif important. Devenues insaisissables, les techniques

publicitaires utilisent l'internaute qui, très souvent inconscient de la portée de ses actes, communique aux annonceurs et prestataires ses données et celles de ses connaissances. Combien de fois n'avons-nous pas été le chaînon d'une campagne de marketing viral? Peu d'internautes peuvent s'enorgueillir de n'avoir jamais transféré un message humoristique ou intrigant, dont ils ignoraient l'origine, ou communiquer les adresses de leurs connaissances sur un site, pensant faire bénéficier ces dernières d'un service.

On retient de cette analyse que le marketing viral n'est pas illégal en soi, pourvu qu'il respecte les règles relatives au traitement des données à caractère personnel et à la publicité sur l'internet.

La difficulté de la matière réside essentiellement dans le fait qu'avec l'internet, la publicité se fait plus intrusive, sans que l'internaute en soit toujours conscient. L'habileté déployée par les annonceurs et l'étroitesse des liens entre publicité et données à caractère personnel exacerbent les risques de violation de la vie privée.

Patrick CONGO ⁽²¹⁾

⁽²¹⁾ Chercheur au C.R.I.D. L'auteur remercie le professeur Étienne Montéro et François Coppens pour leurs précieux conseils.